

## *Derecho de contratos*



# La terminación unilateral del contrato *ad nutum*

RANFER MOLINA MORALES

SUMARIO: *Introducción.* - A. *La fuerza obligatoria del contrato y la terminación unilateral ad nutum.* - 1. *El contrato es obligatorio.* - 2. *No puede ser invalidado sino por mutuo acuerdo o por causas legales.* - B. *El problema de la terminación unilateral ad nutum.* - Parte 1. *La manifestación unilateral de la voluntad.* - Capítulo 1. *La noción de terminación unilateral.* - Sección 1. *La autonomía de la terminación unilateral.* - Sección 2. *Características de la terminación unilateral.* - Capítulo 2. *Los casos de terminación unilateral.* - Sección 1. *La terminación unilateral de los contratos a término indefinido.* - Sección 2. *La terminación unilateral de los contratos de duración definida.* - Parte 2. *Régimen general de la terminación unilateral.* - Capítulo 1. *Condiciones de ejercicio de la terminación unilateral.* - Sección 1. *Condiciones previstas por la ley.* - Sección 2. *Reglas previstas por las partes.* - Capítulo 2. *Efectos de la terminación unilateral.* - Sección 1. *La terminación unilateral lícita y la terminación unilateral ilícita.* - Sección 2. *Dos hipótesis de terminación unilateral ilícita.*

## INTRODUCCIÓN

### A. La fuerza obligatoria del contrato y la terminación unilateral "ad nutum"

El artículo 1602 C. C. dispone que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes y que no puede ser invalidado sino por mutuo acuerdo o por causas legales. Este postulado recoge el principio de la fuerza obligatoria o de la irrevocabilidad del contrato, pilar fundamental del derecho de los contratos y garante de la seguridad jurídica. Analicemos el alcance de este artículo.

#### 1. *El contrato es obligatorio*

Siempre que sea válidamente formado, el contrato se impone a quienes concurren a su celebración. Ninguna de las partes puede sustraerse ilegítimamente al cumplimiento de sus obligaciones sin incurrir en responsabilidad contractual.

El carácter obligatorio del contrato debe ser complementado con otro principio, quizá más importante que el de su irrevocabilidad: el de la buena fe. El artículo 1603 del C. C. establece que "los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"<sup>1</sup>. Con base en esta norma es posible controlar el comportamiento de las partes en la ejecución de sus prestaciones, exigirles deberes de lealtad, cooperación y diligencia, y deducirles obligaciones no pactadas en el contrato pero que son consecuencia natural del mismo.

## 2. No puede ser invalidado sino por mutuo acuerdo o por causas legales

Es bien sabido que la palabra *invalidado* es utilizada impropriamente en el artículo 1602 C. C.<sup>2</sup>. En efecto, la invalidez implica la ineficacia de un negocio jurídico por un defecto en su formación, concretamente la ausencia de alguno de sus presupuestos de validez, lo que no es posible configurar en el mencionado artículo, que parte de la base que el contrato ha sido legalmente celebrado. Al parecer la intención del legislador fue darle a dicha palabra un sentido genérico, comprensivo de todos los casos en que un contrato válidamente formado pierde fuerza obligatoria con posterioridad, por circunstancias previstas en la ley o por una convención extintiva de los mismos contratantes. Aquí están comprendidas la resolución, la terminación, el retracto o desistimiento, la revocación, el mutuo disenso, y en general, todas las causas legales de terminación de los contratos<sup>3</sup>. Habría podido el legislador utilizar el vocablo disolución, como hace el artículo 1372 C. C. italiano, o la palabra revocación como establece el inciso primero del artículo 1134 C. C. francés, con exactamente las mismas consecuencias.

1.º La "invalidación" por mutuo acuerdo, mejor conocida como mutuo disenso, es un contrato cuyo objetivo es dejar sin efectos un contrato anterior celebrado entre las mismas partes. La fórmula es bien conocida: lo que los contratantes hicieron por el acuerdo mutuo, por el *mutuus consensus*, puede ser revocado igualmente por la voluntad común, por el *mutuus dissensus*<sup>4</sup>. El mutuo disenso requiere

- 1 El artículo 871 C. Co. condensa una fórmula más amplia, no sólo porque consagra la buena fe en la formación del contrato, sino porque en la ejecución, además, tiene en cuenta la costumbre y la equidad natural para efectos de determinar las obligaciones de las partes.
- 2 F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 862; G. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 1994, 304 y ss.
- 3 En cambio no tiene cabida la nulidad por ser un vicio congénito que impide que un contrato se forme válidamente.
- 4 Para algunos doctrinantes es más exacto hablar de *contrarius consensus*. Cfr. J. FLOUR, J. L. AUBERT y E. SAVAUX. *Droit civil. Les obligations, L'acte juridique*, 10.ª ed., t. 1, Paris, Armand Colin, 2002, 291; HINESTROSA. Ob. cit., 862.

las mismas condiciones de validez de las convenciones en general: capacidad, consentimiento libre, objeto y causa lícitos. Los contratantes son libres de determinar el alcance de ese acuerdo disolutorio, si éste tendrá efectos retroactivos o sólo hacia el futuro.

2.º Entre las causas legales a que se refiere el artículo 1602 encontramos casos en los que es obligatoria la intervención del juez para que el contrato pierda fuerza vinculante, como en la resolución o terminación por incumplimiento (arts. 1546 C. C. y 870 C. Co.) y en la terminación por imprevisión (art. 868 C. Co.). Otras veces el contrato termina *ipso iure*, previa la verificación de ciertos presupuestos, por ejemplo, la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima (art. 1068 C. Co.), por falta de notificación al asegurador sobre las circunstancias que agraven el riesgo (inc. 4.º art. 1060 C. Co.) o por transferencia entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro (inc. 1.º art. 1107 C. Co.). Por último, en determinadas circunstancias la sola voluntad de uno de los contratantes es apta para deshacer el vínculo contractual<sup>5</sup>.

Entre los casos en que la voluntad unilateral es suficiente para que el contrato pierda eficacia, es importante distinguir entre la ruptura unilateral por justa causa y la ruptura unilateral discrecional o *ad nutum*. En la primera, la manifestación unilateral debe estar precedida de hechos que configuren justa causa, o sea, la ruptura debe estar fundamentada. Como ejemplos de esta clase de ruptura unilateral encontramos el desistimiento del comprador cuando el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega de la cosa (inc. 2.º art. 1882 C. C.) o la retractación del promitente-mutuante "cuando las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución" (art. 1169 C. Co.). En la ruptura discrecional, la manifestación unilateral de ruptura es completamente libre, el autor de la misma no está obligado a justificar o a motivar su decisión.

Existen casos de ruptura unilateral discrecional en contratos de ejecución prolongada, por ejemplo el de transporte, cuando el pasajero desiste del transporte contratado con derecho a la devolución total del pasaje (art. 1002 C. Co.), y en contratos de ejecución instantánea como la donación entre cónyuges, las cuales son revocables (inc. 3.º art. 1196 C. C.). No obstante, su campo de aplicación más importante lo constituyen los contratos de tracto sucesivo, en especial los de dura-

5 Sobre el alcance del artículo 1602 C. C. sostiene ALBERTO TAMAYO LOMBANA que la ley contractual "sólo puede ser invalidada por el mutuo acuerdo de los mismos contratantes (revocación y rescisión convencional) o por decisión jurisdiccional cuando causales precisas lo permiten (nulidad, rescisión resolución)". En nuestra opinión, las causales legales del artículo 1602 no están limitadas a los fundamentos que permiten a una de las partes solicitar la intervención del juez para que declare la ineficacia sobrevenida de un contrato, como en la rescisión o la resolución por incumplimiento. Causas legales son también tanto las que facultan a una de las partes para dar por terminado unilateralmente un contrato, sea que medie justa causa o no, como las que decretan su terminación automática.

ción indeterminada, donde la ruptura unilateral adopta el nombre de terminación unilateral. Llegamos así al objeto de este trabajo: la terminación unilateral *ad nutum* o libre, aquella en la que una de las partes, facultada por la ley o por el contrato, da por terminado un contrato de ejecución sucesiva de manera unilateral, sin necesidad de alegar justa causa, pero con la obligación de dar un preaviso.

## B. El problema de la terminación unilateral "ad nutum"

La terminación unilateral del contrato a menudo ha sido percibida por la doctrina con desconfianza, como una excepción a la fuerza obligatoria del contrato<sup>6</sup>, o en todo caso como una figura anormal y extraña<sup>7</sup>. Con el fin de preservar la unidad de la noción de contrato y defender su fuerza obligatoria, la doctrina tradicional francesa ha sostenido que el acto unilateral es siempre una consecuencia de la común intención de las partes. Que esté consagrada en la ley o que haya sido acordada convencionalmente, es la común voluntad de las partes lo que explica, justifica y permite el ejercicio de la terminación unilateral<sup>8</sup>. Desde el momento de la celebración del contrato las partes son conscientes del régimen legal que le es aplicable y del alcance de las cláusulas pactadas.

Nos parece que las anteriores apreciaciones no son totalmente exactas. En primer lugar, por lo menos en Colombia la terminación unilateral no constituye excepción al principio de la irrevocabilidad de las convenciones, sino por el contrario, forma parte del mismo. La fuerza obligatoria del contrato no se limita a la fórmula "todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes". Ese enunciado hay que completarlo: "y no puede ser dejado sin efectos sino por causas legales o por mutuo disenso". Por consiguiente, dicho principio admite unas causales legales de ineficacia sobrevenida, entre las cuales se encuentra la terminación unilateral. Además, algunas veces esa facultad de terminación unilateral tiene su origen precisamente en el contrato, por lo que mal podría hablarse de violación de la voluntad contractual. Entonces, la fuerza obligatoria del contrato no rechaza toda terminación unilateral, sino sólo aquella que no tenga un fundamento legal o contractual o que sea abusiva. Por lo anterior, el "principio" según el cual los contratos deben deshacerse de la misma forma como se hacen, al que tanta alusión hace la doctrina, no es más que un aforismo de alcance relativo, que expresa parcialmente el principio de la irrevocabilidad de las convenciones, y que traduce la potestad o libertad que el ordenamiento concede a los contratantes para modificar o extinguir una relación jurídica. Los contratos no sólo se deshacen

6 H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS. *Leçons de droit civil. Les obligations*, 8.<sup>a</sup> ed., t. II, Paris, Montchrestien, 1991, 859.

7 PH. MALAURIE y L. AYNES. *Droit civil. Les obligations*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Cujas, 1990, 330.

8 Para profundizar sobre el tema recomendamos la obra de R. ENCINAS DE MUNAGORRI. *L'acte unilateral dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, 40 y ss.

como se hacen, esto es, por mutuo acuerdo, sino también por las causas que la ley autoriza, entre las cuales está, repetimos, la voluntad unilateral.

De otra parte, la figura no es tan extraña y excepcional como sostienen algunos. La gran mayoría de contratos de duración indeterminada, e incluso algunos de duración determinada, autorizan a una o a ambas partes a poner fin a una relación contractual por su sola voluntad.

Finalmente, con respecto a la posición que vincula la iniciativa de dar por terminado un contrato unilateralmente a la común intención de las partes, HOUIN señala que es "excesiva porque da demasiada importancia a la voluntad hipotética de las partes. Cada quien, al momento de celebrar el contrato, acepta someterse al régimen legal o convencional que le es propio. Tal es solamente el papel de la voluntad común al momento de la formación del contrato. Si más adelante una de las partes lo da por terminado, la voluntad del otro contratante no juega ningún papel por cuanto el acto unilateral produce sus efectos por la sola voluntad de su autor, sin que sea necesario el consentimiento de la otra parte"<sup>9</sup>.

El propósito de este artículo es contribuir al estudio y a la sistematización de la terminación unilateral *ad nutum*, figura ignorada e incluso despreciada por la doctrina. Para ello trabajaremos una primera parte, denominada "La manifestación unilateral de la voluntad", donde precisaremos la noción de terminación unilateral y analizaremos los casos en los cuales se aplica, y una segunda parte, llamada "Régimen general de la terminación unilateral", donde examinaremos sus condiciones de ejercicio y efectos.

## PARTE I. LA MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD

### CAPÍTULO 1. LA NOCIÓN DE TERMINACION UNILATERAL

La terminación unilateral es una noción de difícil delimitación dada su proximidad con otras técnicas jurídicas con las que presenta algunas semejanzas, y a causa de la terminología heterogénea que para referirse a ella emplea la doctrina. La primera cuestión a dilucidar con respecto a la terminación unilateral será la de su autonomía, posteriormente examinaremos sus elementos característicos.

### SECCIÓN 1. LA AUTONOMÍA DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

Antes de proponer una definición de la terminación unilateral, distinguiremos dicha figura de otras más o menos cercanas.

9 B. HOUIN. *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973, citada por ENCINAS DE MUNAGORRI. *Ob. cit.*, 50.

## A. La terminación unilateral y otras figuras cercanas

Algunas de las figuras que a continuación se analizan pueden tener varias acepciones. No obstante, voy a referirme a ellas siempre desde la óptica del derecho privado, privilegiando el derecho de los contratos.

### 1. El derecho de retracto

El derecho de retracto, de arrepentimiento o de desistimiento, designa la manifestación de voluntad de desligarse unilateralmente de un contrato, retomando el consentimiento previamente otorgado, como si éste nunca hubiere existido. El derecho de retracto tiene su origen en el contrato o en la ley. En el primer caso encontramos las arras penitenciales, en las que cualquiera de los contratantes puede dejar sin efectos el contrato celebrado, perdiendo las arras el que las haya dado, o entregándolas dobladas el que las haya recibido (arts. 1859 C. C. y 866 C. Co.). La ley prevé algunos casos de retracto, como cuando le permite al pasajero desistir del transporte contratado (art. 1002 C. Co.); al comprador desistir del contrato de compraventa cuando el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega de la cosa (inc. 2.º art. 1882 C. C.)<sup>10</sup>; o al contratante que encargó una obra, hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra (art. 2056 C. C.).

El derecho de retracto es siempre potestativo en la medida en que queda al arbitrio de su titular decidir si lo ejercita o no. En algunos casos es discrecional, puesto que depende de la sola voluntad de quien lo ejerce, sin necesidad de justificar nada. Otras veces el derecho a desistir es consecuencia del incumplimiento de una de las partes. En fin, la retractación puede hacerse efectiva antes de la ejecución del contrato (tratándose de la arras es obligatorio), otras veces puede hacerse cuando la ejecución ya ha comenzado, como en el contrato de obra.

Existen algunas diferencias entre derecho de retracto y la terminación unilateral. En primer lugar, el derecho de retracto concierne tanto a contratos que todavía no han comenzado a ejecutarse como a aquellos cuya ejecución ha principiado, mientras la terminación unilateral sólo tiene relevancia en contratos cuya ejecución se está desarrollando. En segundo lugar, mientras la retractación opera en todo tipo de contratos, sin importar que sean de ejecución instantánea, de ejecución prolongada (*locatio operis*) o de tracto sucesivo<sup>11</sup>, la terminación unila-

10 Aunque podría pensarse que el inciso 2.º artículo 1882 C. C. no es más que una reiteración del artículo 1546 *ibídem*, lo que implicaría que el comprador debe necesariamente acudir ante el juez para hacer efectivo el desistimiento; en sentencia del 9 de junio de 1971, la Corte Suprema aclaró que el desistimiento de que trata el artículo 1882 es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez.

11 Tratándose de ruptura de contratos de tracto sucesivo la retractación opera antes de comenzar su ejecución. Comenzada ésta, lo que hay es terminación, con efectos hacia el futuro.



teral concierne exclusivamente estos últimos. Finalmente, el retracto puede tener tanto efectos retroactivos como hacia el futuro, mientras que la terminación unilateral opera sólo hacia el futuro.

## 2. *La renuncia*

La renuncia puede ser definida como “un acto de disposición por medio del cual una persona voluntariamente abandona un derecho que forma parte de su patrimonio, extingue ese derecho o se abstiene de hacer valer un medio de defensa o acción”<sup>12</sup>. La citada definición nos da un concepto amplio de renuncia. Sin embargo, para nuestro propósito nos interesa solamente la renuncia hecha por una de las partes vinculadas a un contrato, y que tiene por efecto su extinción. En este sentido, la expresión se usa principalmente para calificar la ruptura del contrato de mandato por parte del mandatario (art. 2189 C. C.). La renuncia es, pues, una forma de revocación unilateral, que puede ser también terminación, cuando el mandato no implica la ejecución de un acto aislado sino una serie de actos sucesivos que se extienden en el tiempo.

## 3. *La resolución y la terminación judicial por incumplimiento*

Cuando en un contrato bilateral<sup>13</sup> uno de los contratantes injustificadamente incumple su obligación, el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir tiene dos alternativas: obligar al deudor a que cumpla o pedir la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios (art. 1546 C. C.). El Código de Comercio acoge la distinción doctrinal y jurisprudencial entre resolución y terminación, la primera con efectos retroactivos y reservada para contratos de ejecución instantánea, y la segunda con efectos hacia el futuro, y aplicable a contratos de ejecución sucesiva. De cualquier forma, sea que hablemos de resolución o de terminación por incumplimiento, la regla general es la necesidad de acudir al juez para que la decrete<sup>14</sup>. Ante el incumplimiento de una de las partes el contrato no se resuelve de pleno derecho.

La resolución y terminación judicial están subordinadas al incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes y deben ser decretadas por el juez,

12 G. CORNU. *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, 683.

13 Al igual que el Código de NAPOLEÓN, nuestros códigos de derecho privado hablan de contratos bilaterales o sinalagmáticos. Sin embargo, gran parte de la doctrina está de acuerdo en que la resolución o terminación puede aplicarse también a contratos unilaterales.

14 Aunque la regla general es la necesidad de acudir al juez para que decrete la resolución o la terminación, existen varias excepciones previstas por el legislador en las que se autoriza a una de las partes a romper unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento de la otra. Cfr. artículos 973, 1325, 1286 y 1420 C. Co., 1882 y 2185 C. C.

mientras que la terminación unilateral es un acto de libertad individual que produce efectos extintivos por la sola voluntad de su autor. Adicionalmente, la resolución tiene efectos retroactivos mientras que la terminación unilateral, efectos hacia el futuro.

#### 4. La revocación

La revocación es una noción de difícil delimitación no sólo porque no existe una definición legal de la misma, sino porque la doctrina no es unánime en cuanto a su ámbito de aplicación. GERARD CORNU la define como un acto unilateral de retractación<sup>15</sup> por medio del cual una persona deja sin efectos un acto anterior, otorgado por ella misma, o un contrato en que es parte, y que produce ese efecto en los casos previstos en la ley<sup>16</sup>. De acuerdo con la anterior definición la revocación puede recaer sobre un contrato, como en la donación (art. 1485 C. C.) o el mandato (núm. 4 art. 2189 C. C.), o sobre un acto jurídico unilateral, como el testamento (art. 1055 C. C.) o el poder (art. 843 C. Co.). Para la mayoría de autores la característica principal de la revocación es la extinción de un acto jurídico por la voluntad de una de las partes y por las causas que la ley autoriza. De acuerdo con esta posición, la revocación implicaría siempre unilateralidad. Sin embargo, algunos autores hablan de revocación no sólo cuando la pérdida de efectos de un contrato es consecuencia de la voluntad de uno de los contratantes, sino también cuando tiene su origen en el común acuerdo de los mismos<sup>17</sup>.

En realidad parece que la noción de revocación es un término equivalente al de terminación unilateral cuando la revocación designa la pérdida de efectos de un contrato de tracto sucesivo por la voluntad de una de las partes. De ahí tal vez porqué en algunos casos el legislador utiliza la palabra revocación en lugar de terminación, como en el contrato de seguro, cuando señala que el contrato podrá ser revocado unilateralmente por cualquiera de los contratantes (art. 1071 C. Co.) o en el de fiducia mercantil, donde se faculta al fiduciante a revocar el contrato cuando expresamente se haya reservado ese derecho (num. 11 art. 1240 C. Co.). No obstante, esta equiparación es parcial, como quiera que la revocación es una noción más amplia que la de terminación unilateral. En primer lugar, la revocación concierne negocios jurídicos unilaterales y bilaterales mientras que la terminación unilateral

15 La retractación y la revocación se diferencian en que la primera recae sólo sobre contratos mientras que la segunda recae además sobre actos jurídicos unilaterales.

16 CORNU. *Vocabulaire juridique*, cit., 712.

17 Á. PÉREZ VIVES emplea el término revocación para calificar el mutuo disentimiento en contratos de ejecución instantánea: *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª ed., vol. III, Bogotá, Temis, 1955, 456. Para G. OSPINA FERNÁNDEZ, la revocación voluntaria es un acto jurídico convencional o unilateral en el que se disuelve y deja sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero: *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 1994, 511 y ss.

no recae sino sobre contratos. En segundo lugar, la revocación de un acto jurídico puede producir tanto efectos retroactivos como hacia el futuro, al paso que la terminación unilateral no produce sino efectos hacia el futuro. En tercer lugar, cuando la revocación designa la ruptura de una convención, ella comprende la ruptura de común acuerdo (revocación voluntaria o amigable) y además la ruptura unilateral (revocación unilateral). Por su parte, la terminación unilateral descarta la idea de terminación amigable, de común acuerdo.

##### 5. *El desistimiento*

La doctrina española<sup>18</sup> utiliza el término "desistimiento unilateral" para referirse a lo que nosotros preferimos llamar "terminación unilateral", o sea, la ruptura con efectos hacia el futuro de un contrato de tracto sucesivo por la sola voluntad de uno de los contratantes. En Colombia el término "desistimiento" se utiliza en derecho de contratos como sinónimo de "retractación". En todo caso, en nuestro medio la palabra "desistimiento" es utilizada principalmente en derecho procesal para calificar una forma anormal de terminación del proceso, en la que el demandante renuncia a las pretensiones de la demanda y que tiene los mismos efectos que una sentencia absolutoria cuando esa renuncia es aceptada por el juez.

##### 6. *La resiliación*

La palabra resiliación es la adaptación al español de la locución francesa *resiliation*, que designa la ineficacia futura de un contrato de tracto sucesivo, sea que esa ineficacia provenga de la voluntad de una de las partes (*resiliation unilaterale*), o del común acuerdo (*resiliation conventionnelle*). Cuando la doctrina nacional habla de resiliación, casi siempre se refiere a la convencional, a la que equipara al mutuo disenso. Sin embargo, esta equiparación es sólo parcial puesto que la resiliación, sea unilateral o convencional, tiene únicamente efectos hacia el futuro, mientras que el mutuo disenso puede tener además, por disposición de las partes, efectos retroactivos.

La palabra "resiliación" es considerada sinónima de "terminación", por lo que daría igual hablar de resiliación unilateral que de terminación unilateral. Sin embargo, rechazamos la palabra, así su uso se haya generalizado, por ser una importación inútil, que no satisface ninguna necesidad y que sólo sirve para complicar aún más el léxico jurídico<sup>19</sup>.

18 M. KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1999; M. NÚÑEZ. *El mutuo disenso*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, 112.

19 OSPINA FERNÁNDEZ. Ob. cit., 517.

### 7. La rescisión

En la doctrina argentina<sup>20</sup> se usa la expresión rescisión para designar la pérdida de los efectos futuros de un contrato de tracto sucesivo, sea por mutuo acuerdo (rescisión convencional) o por la iniciativa de una de las partes en los casos permitidos por la ley o por el contrato (rescisión unilateral). En otras palabras, rescisión para los argentinos es exactamente lo mismo que desistimiento para los españoles, *resiliation* para los franceses o terminación para nosotros. Otros autores, influenciados por la doctrina italiana, hablan de recesso<sup>21</sup>. En Colombia no tiene ningún sentido hablar de rescisión unilateral, sino de rescisión, a secas, que es una forma de ineficacia de los contratos por nulidad relativa, por lesión enorme o por vicios redhibitorios y que debe ser siempre decretada por el juez. Aclaramos que en derecho argentino la palabra "rescisión" se usa también en este sentido.

#### B. La definición de terminación unilateral

No obstante la divergencia terminológica, sin lugar a dudas la denominación que mejor se acomoda al derecho colombiano para calificar la ineficacia de un contrato de ejecución sucesiva sin alterar los efectos ya producidos es "terminación", que es precisamente la que utiliza el legislador nacional<sup>22</sup>. Al añadirle la palabra "unilateral" queremos significar que la ineficacia futura de un contrato es el resultado de la voluntad de uno de los contratantes y no del común acuerdo de las partes.

No existe ninguna norma con carácter general ni en el Código Civil ni en el de comercio que defina o reglamente la terminación. Le ha correspondido a la doctrina estudiar la figura, para concluir que no es aplicable a todo tipo de contratos sino únicamente a los de tracto sucesivo, principalmente a aquellos en los que no se pactó término de duración, y excepcionalmente a los de duración determinada.

FRANCESCO MESSINEO se refiere a ella como "el medio para disolver la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de las partes, sin necesidad de demanda judicial ni de juicio; basta que el que *desiste* [nosotros diríamos *el que da por terminado*] comunique a la contraparte su decisión. Es por lo tanto un caso de derecho potestativo que, ejercitado, actúa extrajudicialmente"<sup>23</sup>.

20 G. BORDA. *Manual de contratos*, 11.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, 136; J. MOSSET. *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Buenos Aires, Orbir, 1976, 414.

21 L. DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 1996, 905.

22 Cfr. los siguientes artículos del Código de Comercio: 868, 870, 973, 977, 1060, 1068, 1107, 1197 y 1389.

23 F. MESSINEO. *Doctrina general del contrato*, II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 420 y 421.

Proponemos la siguiente definición: es un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, normalmente sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero generalmente con la obligación de respetar un plazo de preaviso. Para concluir este estudio preliminar de la terminación unilateral, a continuación exponemos sus características.

## SECCIÓN 2. CARACTERÍSTICAS DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

El momento que precede el ejercicio del derecho de terminación unilateral se caracteriza, al menos desde el punto de vista jurídico, por ser un periodo de relativa incertidumbre. La relación contractual está desarrollándose normalmente pero el derecho de terminación unilateral puede ser ejercitado en cualquier momento, aun en ausencia de justa causa. La supervivencia del contrato depende de la voluntad de uno de los contratantes. Esa incertidumbre es consecuencia de la opción, prevista en la ley o en el contrato, de dar por terminada la relación contractual. Ahora bien, si el mencionado momento puede ser catalogado de incierto, las condiciones en que se ejerce la terminación son en cambio previsibles, al estar predeterminadas en el contrato o en la ley (término de preaviso, encargos en curso, *stocks* de mercancía almacenada, contraprestación económica, etc.)

La terminación unilateral se caracteriza por su carácter unilateral, potestativo, liberatorio y recepticio. Es unilateral, porque, como su nombre lo indica, depende única y exclusivamente de la voluntad de uno de los contratantes. "Dado que la ruptura es un acto unilateral, la voluntad de su autor es suficiente para producir el efecto deseado, el consentimiento del otro contratante no es necesario"<sup>24</sup>. Si se presentare un intercambio de voluntades encaminado a dar por terminado el contrato, entonces habría mutuo disenso y no terminación unilateral. El hecho de que la fuente de la terminación unilateral se encuentre en el contrato no supone mutuo disenso anticipado.

Es potestativa, puesto que el ejercicio del derecho de terminación unilateral no depende de la ocurrencia de un hecho sino de la sola voluntad de su beneficiario, quien no está obligado a motivar la ruptura del contrato. No obstante, es posible controlar el ejercicio de ese derecho a través del abuso del derecho (art. 830 C. Co.) o de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe (arts. 1603 C. C. y 871 C. Co.). Es liberatoria, porque permite a su autor liberarse de una relación contractual. Unilateral en su formación pero bilateral en sus efectos, la terminación unilateral tiene efectos extintivos, sin perjuicio de obligaciones post-contractuales o de liquidación que pudieren existir a cargo de una o de ambas

24 J. GHESTIN, C. JAMIN y M. BILLIAU. *Traité de droit civil les effets du contrat*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, LGDJ, 2001, 323.

partes. Estos efectos extintivos tienen la particularidad de que en principio sólo se producen hacia el futuro, lo cual se explica por los objetivos que persigue la terminación unilateral: hacer cesar un contrato cuya ejecución se prolonga en el tiempo. Finalmente, la terminación unilateral tiene carácter recepticio, esto es, debe ser puesta en conocimiento de la otra parte para que produzca efectos. Esta exigencia de notificación se encuentra en casi todas las normas que regulan la terminación unilateral de los contratos de duración indeterminada y tiene por objeto prevenir al contratante que la soporta, para que tome las medidas que considere apropiadas a fin de evitar o atenuar los perjuicios o molestias que la extinción del contrato le pudieren ocasionar.

## CAPÍTULO 2. LOS CASOS DE TERMINACIÓN UNILATERAL

La tradicional distinción entre los contratos de ejecución instantánea y los contratos de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo reposa sobre el papel que desempeña el tiempo en la ejecución de las obligaciones. Mientras los primeros dan origen a obligaciones susceptibles de ejecutarse en una sola vez, como la compraventa o la permuta, los segundos suponen la ejecución de obligaciones que se escalonan en el tiempo, como el arrendamiento o la agencia comercial. Esta clasificación ha sido elaborada por la doctrina, dado que no existe en nuestros códigos de derecho privado ninguna norma de carácter general que distinga los contratos en función de su duración.

Algunos autores agregan a esa clasificación bipartita una categoría intermedia: los contratos de ejecución prolongada. En ella existe un espacio de tiempo más o menos largo entre la formación del contrato y la ejecución de al menos una de las obligaciones. Sin embargo, ese tiempo no satisface ninguna necesidad de las partes sino que es indispensable para proyectar el cumplimiento de la prestación. En este tipo de contratos sólo el resultado final satisface el interés del acreedor. "El término no es voluntario sino necesario; no es querido, sino soportado por las partes al no poderse obtener inmediatamente la satisfacción del interés contractual"<sup>25</sup>. En esta categoría encontramos los contratos de transporte, obra, corretaje, comisión y mandato cuyo objeto sea un resultado aislado. Otros autores establecen una subclasificación de los contratos de tracto sucesivo: la de los contratos donde la prestación es única pero ininterrumpida, como en el contrato de suministro de energía eléctrica o de agua; y la de los contratos de ejecución periódica en los que hay varias prestaciones<sup>26</sup>.

No es el propósito de este trabajo hacer un análisis exhaustivo de la clasificación de los contratos según su duración, sobre la que ni siquiera hay unanimidad. En realidad creemos que no son de mucha utilidad práctica todas esas subdivisiones

25 KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, cit., 69.

26 T. PUENTE. *El contrato de concesión mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1976, 152.

o subcategorías, y que la tradicional distinción bipartita, con todo y sus limitaciones, basta para nuestro objetivo. Si hemos hecho alusión a los contratos de ejecución instantánea, es únicamente para contraponerlos a los de ejecución sucesiva, la categoría que nos interesa, por cuanto sólo a ella le es aplicable el régimen de la terminación unilateral. En esta categoría podemos distinguir entre los contratos de duración indefinida, aquellos concluidos sin determinación de tiempo, y los contratos de duración definida, en los que las partes han pactado un término de duración. Esta distinción tiene importancia en la medida en que condiciona el ejercicio de la terminación unilateral<sup>27</sup>. En efecto, el derecho de terminación unilateral es la regla general tratándose de contratos de duración indefinida, mientras que es la excepción en los contratos de duración definida. Para AZEMA, la distinción entre los contratos de duración definida y los de ejecución indefinida no tiene interés alguno durante la etapa de la ejecución, y no es sino al momento de la terminación de la relación contractual cuando surgirán todas las consecuencias de la determinación o indeterminación de la duración<sup>28</sup>. A continuación analizaremos la terminación unilateral en ambas subcategorías.

## SECCIÓN 1. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS A TÉRMINO INDEFINIDO

### A. Regla general: la libre terminación

En los contratos de duración indefinida la regla general es que cualquiera de las partes puede en cualquier momento dar por terminada la relación contractual de manera libre, es decir, sin necesidad de alegar justa causa ni de pagar contraprestación alguna, aunque con la obligación de respetar un preaviso. Pese a no existir ninguna disposición de carácter general ni en el Código de Comercio ni en el Código Civil sobre el punto, tal regla se induce de las normas que regulan la terminación de la mayoría de los contratos de ejecución sucesiva. Antes de analizar la justificación de esta regla, o si se quiere principio, vale la pena hacer un inventario de las normas que en derecho privado colombiano regulan la terminación de los contratos de duración indefinida.

#### *1. Las normas de derecho privado que regulan la terminación de los contratos*

La mayoría de contratos de ejecución sucesiva de nuestros códigos civil y comercial regulan la terminación de los contrato cuando no se ha pactado término de duración. A manera de ejemplo transcribimos cuatro: el de arrendamiento de cosas

27 CH. LARROUMET. *Droit civil: Les obligations, le contrat*, 5.<sup>a</sup> ed., III, Paris, Economica, 2003, 178.

28 J. AZEMA. *La durée des contrats successifs*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 102, 1969.

(art. 2009 C. C.), el de prestación de servicios inmateriales (art. 2066 C. C.), el de suministro (art. 977 C. Co.) y el de apertura de crédito<sup>29</sup>.

*Contrato de arrendamiento de cosas.* Art. 2009 C. C. "Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciendo a la otra, esto es, notificándose lo anticipadamente...".

*Contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.* Art. 2066 C. C. "Cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que hubiere estipulado...".

*Contrato de suministro.* Art. 977 C. Co. "Si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro".

*Contrato de apertura de crédito.* Art. 1406 C. Co. "... Si la apertura de crédito es por tiempo indeterminado, cada una de las partes podrá terminar el contrato mediante el preaviso pactado o, en su defecto, con uno de quince días".

De las normas transcritas podemos deducir, de una parte, que por regla general nuestro ordenamiento reconoce la validez de los contratos de duración indeterminada<sup>30</sup>; y de otra, que los contratantes tienen la facultad de dar por terminada la relación libremente, siempre que se avise a la contraparte con cierta antelación. Los contratantes son libres de fijar o no un término de duración en sus relaciones contractuales. Las razones para vincularse por un modalidad u otra son extrajurídicas. En todo caso, si pactan un término de duración, por principio ese término debe ser respetado. Y si ejercen la libertad de no pactar una duración determinada, tendrán la misma libertad para dar por terminado el contrato unilateralmente.

## 2. La justificación de la terminación unilateral

De las normas que regulan la terminación unilateral de los contratos de duración indefinida un importante sector de la doctrina y jurisprudencia extranjera, fran-

29 Similares normas las encontramos en los contratos de arrendamiento de predios rurales (art. 2043 C. C.), depósito (art. 1174 C. Co.), hospedaje (art. 1197 C. Co.), cuenta corriente mercantil (art. 1261 C. Co.), consignación (art. 1381 C. Co.), cuenta corriente bancaria (art. 1389 C. Co.) y cajillas de seguridad (art. 1419 C. Co.).

30 Solo de manera excepcional impide el legislador la formación de contratos sin duración de tiempo. El contrato de arrendamiento de vivienda urbana, por ejemplo, nunca tiene duración indefinida ya que el artículo 5.º de la Ley 820 de 2003 fija la duración del mismo en un año cuando las partes no han pactado un plazo. Así mismo, la póliza de seguro debe expresar la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras (num. 6 art. 1047 C. Co.).



cesa y española principalmente, ha inferido un principio general de prohibición de vínculos perpetuos. En efecto, considera que el derecho de terminar unilateralmente un contrato de duración indefinida se justifica por la prohibición de obligaciones perpetuas<sup>31</sup>.

En Francia, el Consejo Constitucional ha elevado a rango de libertad fundamental la facultad de terminar unilateralmente un contrato a término indefinido: "la libertad que resulta del artículo 4.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 justifica que un contrato de derecho privado de duración indefinida pueda ser terminado unilateralmente por cualquiera de los contratantes"<sup>32</sup>. En dicho país la mencionada prohibición tiene carácter de orden público, por ello no se reconoce validez a las cláusulas de renuncia anticipada a la terminación unilateral. En España, el Tribunal Supremo ha puesto de presente en diversas oportunidades que los vínculos con vocación perpetua son contrarios al ordenamiento jurídico español. En sentencia del 19 de diciembre de 1985, justificando la terminación unilateral de un contrato de concesión de duración indefinida, el Tribunal señaló: "aunque en nuestro ordenamiento no exista normatividad específica, la realidad es que la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, entre los que no se encuentra el contemplado, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria contra el orden jurídico"<sup>33</sup>.

¿Cuál es la situación en Colombia? ¿Es posible afirmar igualmente un principio general de terminación unilateral con fundamento en la prohibición de vínculos perpetuos? En realidad ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional se han preocupado mucho del tema, siendo poca la referencia hecha a la noción de vínculos perpetuos. Es claro que la facultad de dar por terminado unilateralmente un contrato de duración indeterminada existe en derecho colombiano. La mayoría de contratos de tracto sucesivo regulados en nuestros códigos civil y comercial la consagran, y los pocos que no, encuentran justificaciones especiales. De manera que aquí como en otros países la regla general es la libre terminación. Lo que parece exagerado es que se diga que la mencionada facultad se justifica por la prohibición de vínculos perpetuos. Nadie niega que los contratos perpetuos estén proscritos de nuestro ordenamiento jurídico, así como de cualquier otro que consagre un mínimo de respeto por la libertad y dignidad humana. Sin embargo,

31 LARROUMET. *Droit civil: Les obligations, le contrat*, cit., 178; J. FLOUR, J. L. AUBERT y E. SAVALIX. *Droit civil: Les obligations, L'acte juridique*, 10.ª ed., t. 1, Paris, Armand Colin, 2002, 292; ENCINAS DE MUNAGORRI. *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, cit., 102 y ss.; F. TERRÉ, PH. SIMLER y Y. LEQUETTE. *Droit civil: Les obligations*, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 2002, 471; J. AZEMA. *La durée des contrats successifs*, cit., 25 y ss.; B. ALAIN. *Droit civil: Les obligations*, 8.ª ed., París, Ed. Montchrestien, 224; KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, cit., 123; PUENTE. *El contrato de concesión mercantil*, cit., 154.

32 Decisión del 9 de noviembre de 1999, citada por ALAIN. Ob. cit., 225.

33 KLEIN. Ob. cit., 69.

contrato perpetuo es distinto a contrato de duración indefinida y este no se vuelve aquel por el hecho de no permitirse su libre terminación. El contrato perpetuo, si es que tal concepto reviste en la actualidad relevancia jurídica, es el pactado por toda la vida de uno o de ambos contratantes mientras que el contrato de duración indefinida es el que no tiene término de duración. Sostener que la facultad de libre terminación prevista en los contratos de duración indefinida se justifica para prohibir vínculos perpetuos equivale a afirmar que sin esa facultad entonces el contrato sería perpetuo, lo cual es absurdo. En realidad la noción de vínculo perpetuo es impertinente en este análisis.

En primer lugar, si el derecho de libre terminación fuere suprimido, simple y llanamente no existirían los contratos de duración indeterminada, como de hecho ocurre en los contrato de arrendamiento de vivienda urbana y de seguro, y en consecuencia le correspondería siempre a las partes pactar un término de duración o al legislador presumirlo. En estos casos, los contratos terminarían por vencimiento del término y por las demás causales legales o convencionales. No estaríamos pues, en presencia de un contrato perpetuo. Adicionalmente, en muchos contratos el derecho de libre terminación puede renunciarse. Con algunas excepciones, claro está, nada se opone a que en un contrato de duración indefinida las partes establezcan que la terminación no tendrá lugar sino por las causales particulares que ellas determinen y que además deberá motivarse. Si en el contrato de mandato, donde el elemento confianza es fundamental para el buen desenvolvimiento de la relación, las partes pueden pactar la irrevocabilidad (art. 1279 C. Co.), con mayor razón pueden hacerlo en otros contratos. Aclaro que no se trataría de una renuncia general a dar por terminado un contrato por cualquier motivo, ya que ese pacto sí carecería de validez, sino sólo de la renuncia a darlo por terminado libremente, es decir, por la sola voluntad de una de las partes.

En segundo lugar, la noción de contrato perpetuo tenía sentido en épocas de esclavitud, cuando el poder punitivo del Estado garantizaba la perennidad del vínculo contractual. Aunque moral y jurídicamente sea reprochable, hoy día la parte que no quiera continuar obligada, con independencia de que se trate de un contrato de duración indeterminada o no, normalmente podrá sustraerse al vínculo jurídico, asumiendo todas sus consecuencias, claro está, así le toque indemnizar. Y es que en determinadas circunstancias a un contratante puede resultarle más provechoso desde el punto de vista económico o comercial dar por terminado ilegalmente un contrato y pagar una indemnización, que cumplirlo. Por lo menos en sistemas jurídicos semejantes al nuestro, difícilmente estará alguien obligado a permanecer atado a un contrato en contra de su voluntad, entendida ésta como emanación de la libertad y de la dignidad humana. Finalmente, no se puede perder de vista que, salvo pacto en contrario, en la mayoría de contratos es posible hacerse sustituir por un tercero, aun sin el consentimiento del otro contratante. En estos casos habrá entonces una forma adicional de liberarse de un contrato.

La prohibición de contratos perpetuos, cuyos fundamentos no son precisamente las disposiciones que regulan la terminación de los contratos a término indefinido, no se ve alterada porque en un contrato a término indefinido no se consagra, se prohíba o restrinja una facultad de libre terminación. De hecho, como lo veremos más adelante, existen algunos contratos en los que la ley no consagra, al menos para una de las partes, una facultad general de libre terminación, y a nadie se le ha ocurrido decir que esos contratos sean perpetuos. ¿Cuáles serían entonces los fundamentos o la razón de ser de esa facultad de libre terminación? En nuestra opinión, esa facultad es consecuencia natural y lógica del hecho de pactarse un contrato a término indefinido. Cuando las partes estipulan un término de duración, en principio es porque tienen el interés o la necesidad de vincularse por lo menos durante ese término estipulado, el cual naturalmente debe respetarse. En cambio, cuando no estipulan un término de duración, tácitamente están conviniendo que desean vincularse pero sólo mientras exista interés en el objeto del contrato, de tal suerte que perdido ese interés, el contrato deja de tener sentido y cada quien puede recobrar su libertad sin trabas. Al consagrar el legislador una facultad de terminación unilateral en los contratos a término indefinido, sencillamente está protegiendo la libertad que las partes desean conservar cuando deciden vincularse contractualmente pero sin atarse a un término. Una cosa es que la ley respete la voluntad de los contratantes y reconozca la flexibilidad y libertad que ellas buscan en los contratos sin término de duración, y otra bien distinta decir que la ley quiere evitar que las partes se vinculen de manera perpetua.

Recientemente, consideraciones de orden económico relacionadas con la aparición del derecho de la competencia han reforzado la justificación de la facultad de libre terminación en los contratos de duración indeterminada. En efecto, la existencia de vínculos contractuales inflexibles en cuanto a su terminación constituiría un obstáculo importante a la entrada al mercado de nuevos agentes económicos, lo que entorpecería la creación y la circulación de la riqueza<sup>34</sup>.

La regla según la cual cualquiera de las partes puede poner fin libremente a un contrato a término indefinido tiene algunas excepciones.

## B. Excepciones a la libre terminación

El legislador ha previsto algunas restricciones o excepciones a la facultad de libre terminación, con el objeto de proteger a ciertas categorías de contratantes de posibles abusos. Las excepciones a las que haremos referencia no implican que en ningún caso se pueda dar por terminado o solicitar al juez la terminación del contrato. La limitación impuesta es a terminar libremente, es decir, por la sola voluntad y sin necesidad de alegar justa causa ni de indemnizar. No es que en estos contratos el vínculo sea indisoluble, es que la terminación está reglamentada por normas imperativas. Dentro de esas excepciones encontramos las siguientes.

34 TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil: Les obligations*, cit., 302.

### 1. *Contrato de trabajo*

“Es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración” (art. 22 CST). En un contrato a término indefinido el trabajador puede dar por terminado unilateralmente el contrato avisando al patrono por escrito con una antelación de treinta días (núm. 2 art. 47 CST). En cambio, el patrono no lo puede dar por terminado sino mediando justa causa comprobada (art. 64 CST). La razón por la cual al empleador se le somete a un régimen más estricto es para proteger al trabajador, quien obtiene de ese contrato sus medios de subsistencia.

### 2. *Agencia comercial*

La ley señala que “por el contrato de agencia un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional” (art. 1317 C. Co.). La terminación del contrato de agencia comercial ha sido siempre un tema complicado. Si se ha pactado un término de duración no hay problema puesto que el contrato termina por el vencimiento del mismo, sin que ninguna de las partes pueda invocar un derecho a su renovación. La dificultad se presenta cuando en el contrato no se pactó término de duración. Se pregunta VALLEJO si es posible aplicar por analogía a la agencia comercial el artículo 977 C. Co., que regula la terminación del contrato de suministro cuando no se pactó su duración. Concluye el mismo autor que por ser la agencia un mandato de interés común está sujeta a un régimen especial, y la terminación por preaviso sólo sería posible cuando ha sido estipulada por los contratantes de manera expresa<sup>35</sup>. Nos parece que la regla general de libre terminación con preaviso debería aplicársele al contrato de agencia comercial, como ocurre en otros países. Sin embargo, tal como está regulado el contrato y teniendo en cuenta la posición de la jurisprudencia, el contrato de agencia a término indefinido sólo puede terminar por las justas causas previstas en el artículo 1325 C. Co., y ni siquiera una cláusula de terminación con preaviso puede exonerar al empresario de pagar la prestación del inciso 2.º del artículo 1324 *ibídem*. De manera que lo más aconsejable para este contrato es siempre pactar un término de duración con la posibilidad de prórrogas.

### 3. *Mandato en interés del mandatario o de un tercero*

El mandato es un contrato por el cual una persona llamada mandatario se obliga a celebrar o ejecutar uno o más negocios jurídicos por cuenta de otra llamada

35 F. VALLEJO. *El contrato de agencia comercial*, Bogotá, Legis, 77.

mandante. En sus orígenes el mandato era un contrato concluido en el solo interés del mandante. Con el tiempo se aceptó que el contrato podía celebrarse también en interés del mandatario o de un tercero. Ese interés ha de apreciarse no en el contrato mismo de mandato, sino en el acto o negocio que el mandatario se propone ejecutar. El artículo 1279 C. Co. establece que “el mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o *que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa*”. Así las cosas, en los casos en que el mandatario o un tercero tenga interés en el acto o negocio objeto del contrato, el mandante no puede revocar el contrato sino por justa causa. El objetivo del mencionado artículo es proteger al mandatario o tercero interesado cuyos intereses en el acto o negocio objeto del contrato podrían verse perjudicados, por la revocación del mandante<sup>36</sup>.

#### 4. Arrendamiento de establecimientos de comercio

El artículo 518 C. Co. señala que “el empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo”. La redacción de este artículo parece concebida para contratos a término definido, pero no obstante se aplica igual para contratos a término indefinido. De manera que después de ocupar al menos dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento el contrato sólo puede terminar por las justas causas previstas en dicho artículo, y a falta de ellas, el arrendatario tiene el derecho o bien a que le renueven el contrato, si se trata de un contrato de duración determinada, o bien a que no se lo den por terminado, si se trata de un contrato de ejecución sucesiva. La anterior disposición busca proteger el *good will* y la clientela que el empresario ha creado durante el tiempo de duración del contrato.

## SECCIÓN 2. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DEFINIDA

– *Regla general*: el término debe respetarse. Si la regla general en los contratos de duración indefinida es la posibilidad para las partes de darlos por terminados en cualquier momento, tratándose de contratos de duración definida la regla general es que los contratantes deben respetar el vencimiento del término. El fundamento no es otro que la fuerza obligatoria del contrato. No obstante lo anterior, de manera excepcional la ley consagra algunos casos en los cuales es posible dar

36 J. A. BONIVENTO. *Contratos mercantiles de intermediación*, 2.ª ed., Bogotá, Ediciones Librería el Profesional, 1999, 80.

por terminado un contrato de manera unilateral, no obstante existir un término de duración.

– *Excepciones al cumplimiento del término.* Las hipótesis especiales de libre terminación son autorizadas por la ley por razones diferentes, las cuales podemos agrupar en dos categorías dependiendo de si la facultad de terminación es concedida a uno o a ambos contratantes.

## A. La facultad de terminar es concedida a ambos contratantes

### 1. *Cuenta corriente bancaria*

El artículo 1389 C. Co. señala que cada una de las partes podrá poner término al contrato de cuenta corriente bancaria en cualquier tiempo. No distingue el legislador si el contrato es a término definido o indefinido, lo que significa que opera por igual para ambas hipótesis. En todo caso, no es común que se fije un término de duración en este tipo de contrato.

### 2. *Contrato de seguro*

BIGOT lo define como "la convención por la cual una de las partes llamada asegurador se obliga con otra llamada suscriptor o tomador, a cambio del pago de una prima, a cubrir un riesgo, ejecutando a favor del suscriptor o de un tercero una prestación en caso de realización de ese riesgo"<sup>37</sup>. La duración en el contrato de seguro siempre debe estar determinada en fechas y horas de iniciación y vencimiento (num. 6 art. 1047 C. Co.). No obstante se permite a cualquiera de las partes revocarlo<sup>38</sup>, o lo que es lo mismo, darlo por terminado, de manera unilateral (art. 1071 C. Co.). EFRÉN OSSA dice que esta facultad no puede tener otro fundamento "que el alto grado de confianza que debe presidir, en todo momento, las relaciones jurídicas de las personas vinculadas a tan peculiar acto comercial"<sup>39</sup>.

### 3. *Contrato de mandato*

Cuando su objeto no constituye un acto aislado, con frecuencia el mandato es un contrato que se despliega en el tiempo que puede estar sujeto a un término o no. Al igual que en el contrato de cuenta corriente bancaria, poco importa en todo caso la estipulación de un término, ya que éste no está encaminado a suprimir la facultad de libre terminación sino a establecer un máximo de duración. En efec-

37 J. BIGOT. *Traité de droit des assurances*, t. 3, "Le contrat d'assurance", Paris, LGDJ, 2002, 29.

38 En materia de seguros existen algunas hipótesis de irrevocabilidad, entre ellas la que prohíbe al asegurador revocar unilateralmente el contrato de seguro de vida (art. 1159 C. Co.).

39 J. E. OSSA. *Teoría general del seguro, El contrato*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 1991, 505.

to, la ley confiere al mandante la facultad de revocar el contrato (arts. 2189 num. 3 C. C. y 1279 C. Co.), y al mandatario la facultad de renunciar al encargo (num. 4 art. 2189 C. C.), en todo momento, sin necesidad de alegar justa causa. No es necesario que las partes estipulen la libre terminación puesto que ella es un elemento natural del contrato, aunque bien pueden renunciar a ella pactando la irrevocabilidad (art. 1279 C. Co.) o irrenunciabilidad (art. 1283 C. Co.).

Sea que se trate de la revocación del mandante o de la renuncia del mandatario, lo importante es que cada una de las partes puede poner fin al contrato por su sola voluntad, lo que se explica por la relación de confianza mutua que debe prevalecer durante toda la ejecución del mismo.

#### 4. Contrato de arrendamientos de servicios inmateriales

Este contrato podemos definirlo como "aquel en el cual una persona se compromete con otra, a cambio de una remuneración, a ejecutar una serie de actos en beneficio de otra, que no constituyen una obra"<sup>40</sup>. En este tipo de contratos se requieren de algunas habilidades o aptitudes intelectuales, y predomina la inteligencia sobre la mano de obra. El artículo 2066 C. C. establece que cualquiera de las partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado. Nos parece que la contundencia de la expresión *cualquiera* da a entender que esa facultad de terminación opera en todo momento, sin importar que exista término de duración o no. Las mismas razones que justifican la terminación anticipada del mandato sirven para explicar la facultad de terminación unilateral en este contrato. No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, dar por terminado el contrato de servicios cuando se haya fijado un término de duración, y que el artículo 2066 solo tiene aplicación cuando en el contrato no se hubiere estipulado término de duración<sup>41</sup>.

### B. La facultad de terminación es concedida a uno

#### *Contrato de depósito*

Este contrato podemos definirlo como aquel por el cual una persona, llamada depositario, recibe de otra, llamada depositante, una cosa corporal mueble con la obligación de guardarla y restituirla cuando el depositante la reclame. El artículo 2251 C. C. señala que la restitución es a voluntad del depositante y que si se fija un término de duración, ese término sólo obliga al depositario. De manera

40 A. BOHÓRQUEZ. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. De algunos contratos en particular*, vol. 3, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005, 487.

41 Casación del 22 junio de 1940, XLIX, 548.

que haya término o no, el depositante puede en cualquier momento reclamar la cosa al depositario, o lo que es lo mismo, dar por terminado el contrato. Esta facultad se explica por el hecho de ser el contrato de depósito, al menos el gratuito, celebrado siempre en el sólo interés del depositante.

### *Contrato de anticresis*

El artículo 2458 C. C. define la anticresis como "el contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos". Este contrato puede ser celebrado con duración determinada o no, pero, salvo pacto en contrario, mientras el deudor no puede pedir la restitución de la cosa dada en anticresis sino después de extinguida la deuda, el acreedor es libre de restituirla en cualquier tiempo y perseguir el pago de su crédito por otros medios legales (art. 2467 C. C.). Y se dice salvo pacto en contrario, porque es posible la estipulación por medio de la cual el acreedor sólo podrá pagarse con los frutos del bien recibido en anticresis y además que la devolución de la cosa implicará renuncia a su acreencia<sup>42</sup>.

## PARTE 2. RÉGIMEN GENERAL DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

A diferencia de otros códigos<sup>43</sup> que consagran una norma general en materia de terminación unilateral, en Colombia el tema es regulado fragmentariamente, a través de las disposiciones específicas de diferentes contratos de ejecución sucesiva. Con todo, es posible agrupar los puntos en común de cada una de esas disposiciones para concebir un régimen general de la terminación unilateral. Denominaremos régimen general al conjunto de reglas aplicables a todos los casos en que una de las partes, autorizada por la ley o por la convención, da por terminado unilateral y discrecionalmente un contrato de ejecución sucesiva. Nos referiremos primeramente a las condiciones de ejercicio de la terminación unilateral y después a sus efectos.

### CAPÍTULO 1. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

Potestativa y extrajudicial, la terminación unilateral es un acto de gran trascendencia, con la potencialidad de ocasionar serios perjuicios al contratante que la soporta. Por consiguiente, su ejercicio está sujeto a unas condiciones, las cuales encontramos principalmente en la ley y algunas veces en las estipulaciones de los contratantes.

42 F. VÉLEZ. *Derecho civil colombiano*, IX, Medellín, Imprenta del Departamento, 1911, 196.

43 Cfr. artículos 1373 C. C. italiano, 5.8 Principios UNIDROIT y 2-109 Principios Derecho Europeo de Contratos.



## SECCIÓN 1. CONDICIONES PREVISTAS POR LA LEY

La ley establece unas condiciones para el ejercicio de la terminación unilateral con respecto a su titular, la forma y el momento de la ruptura.

### A. El titular de la facultad de terminación unilateral

Titular de la facultad de terminación unilateral es la parte autorizada para dar por terminada libre y unilateralmente una relación contractual. Salvo algunas excepciones, la titularidad del derecho de romper unilateralmente está marcada por la reciprocidad, en la medida en que cualquiera de los contratantes puede ser autor o víctima de la terminación. Hemos dicho varias veces que esa autorización puede provenir de una norma legal o de una cláusula inserta en un contrato. En contratos atípicos a término indefinido esa facultad debe, salvo pacto en contrario, estar a disposición de ambos contratantes. Este derecho encuentra su fundamento en la voluntad de las partes y no en una supuesta prohibición de vínculos perpetuos.

### B. La forma de la terminación unilateral

Como ya se ha señalado, la terminación de un contrato de ejecución sucesiva puede producirse por la sola manifestación de voluntad de una de las partes, sin que sea necesario acudir al juez para que la declare o autorice. Habrá ocasiones en que éste ejercerá un control a posteriori, a solicitud de la parte terminada, para verificar la regularidad de la ruptura. No obstante, dicho control no le quita el carácter de extrajudicial a la terminación unilateral *ad nutum*. Tampoco es necesario que la declaración de terminación sea aceptada por el otro contratante, ya que ello "arruinaría la libertad individual que la institución busca proteger"<sup>44</sup>. Lo que sí es obligatorio es ponerla en conocimiento de la otra parte, ya que sólo en esa medida la declaración producirá efectos.

Cuando la ley regula el derecho de terminación unilateral, exige siempre que la parte que lo ejerce avise o notifique a la otra. Así por ejemplo, en el contrato de suministro, la ley señala que si no se hubiere estipulado su duración, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, dando a la otra preaviso" (art. 977 C. Co.). El Código de Comercio utiliza las palabras "preaviso" (arts. 977 y 1406), "aviso" (art. 1197), "noticia" (art. 1071), "denuncia" (art. 1261 num. 4) y "notificación" (art. 1419). El Código Civil, por su parte, habla de "desahucio" (arts. 2009, 2034, 2043 y 2066). El objetivo del legislador es el mismo no obstante la variedad terminológica: reducir al máximo los inconvenientes o perjuicios que la terminación pueda generar en la parte que la soporta.

44 AZEMA. *La durée des contrats successifs*, cit., 161.

Las partes son libres de convenir la forma como se debe llevar a cabo la notificación o el aviso de la terminación. Normalmente esa forma consistirá en un escrito enviado por correo certificado. Excepcionalmente el legislador impone una forma determinada, como en el contrato de seguro (art. 1071 C. Co.) o el de cajillas de seguridad (art. 1419 C. Co.), en los que exige un escrito. El desconocimiento de la forma contractual o legal tiene por consecuencia la ineficacia de la terminación, lo que se explica por el carácter recepticio del acto de terminación unilateral, cuyos efectos sólo se producen cuando la decisión de ruptura ha sido debidamente comunicada a la otra parte.

Ahora, si la ley no exige ninguna formalidad y las partes nada han pactado, la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato podrá ser puesta en conocimiento por cualquier medio: una carta recomendada o no, un correo electrónico, una llamada telefónica, un nuncio, etc. Lo importante es que de la declaración se infiera claramente la voluntad de su autor de dar por terminado el contrato. No obstante lo anterior, para evitar inconvenientes probatorios en un eventual conflicto, es recomendable utilizar un escrito enviado por correo certificado y solicitar acuse de recibo, a fin de determinar eficazmente el momento de la ruptura y contabilizar el punto de partida del preaviso.

### C. El momento de la terminación unilateral: el respeto de un plazo de preaviso

#### 1. *Noción y finalidad*

El preaviso ha sido definido como "el lapso de tiempo que transcurre entre el momento en que se notifica a la otra parte la intención de desligarse del vínculo jurídico y el momento de la ruptura propiamente dicha"<sup>45</sup>. El preaviso es un lapso y no una comunicación o aviso, como pudiera sugerir la acepción corriente de la palabra. KLEIN explica cómo la noción de preaviso, como acto de notificación, ha perdido vigencia para dar paso a la idea de plazo, a la anticipación con la que hay que avisar la voluntad extintiva<sup>46</sup>. El objetivo del preaviso es proteger a la parte que padece la terminación unilateral de los perjuicios que le pudiere ocasionar una ruptura brutal o intempestiva de la relación contractual. El preaviso debe permitir a su beneficiario tomar las medidas necesarias para la protección de sus intereses antes de la terminación del vínculo. Normalmente esas medidas estarán encaminadas a modificar la estrategia comercial, reorganizar la empresa en función de la nueva realidad, buscar un nuevo mercado, o simplemente, conseguir un nuevo contratante.

45 KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, cit., 123.

46 PORUMB. *La rupture des contrats a durée indéterminée*, citado ibíd.

## 2. Duración

La duración del preaviso es fijada principalmente por el contrato y la ley, y subsidiariamente por la costumbre y la buena fe.

Corresponde a las partes fijar el plazo de preaviso que más se acomode a sus intereses sin otros límites que la buena fe y la equidad. No obstante, en algunos casos esa libertad es restringida por la ley cuando impone un plazo mínimo de preaviso que no puede ser desconocido: diez días para el asegurador (art. 1071 C. Co.), y treinta días para cualquiera de las partes en el contrato de cajillas de seguridad (art. 1419 C. Co.). A veces la misma ley fija un plazo de preaviso pero únicamente para suplir el silencio de los contratantes: quince días en el contrato de apertura de crédito y descuento (art. 1406 C. Co.), doce horas en el contrato de hospedaje (art. 1197 C. Co.), o un año en el arrendamiento de predios rústicos (art. 2043 C. C.). En estos casos el término establecido no es imperativo sino supletorio, pudiendo las partes pactar uno menor.

Cuando la ley no fija un plazo de preaviso y el contrato guarda silencio al respecto, en algunos casos será necesario remitirse a la costumbre, como en el contrato de suministro (art. 977 C. Co.). ¿Qué sucede cuando ni de la ley ni del contrato ni de la costumbre puede inferirse un plazo de preaviso? El Código de Comercio habla de una anticipación acorde con la naturaleza del contrato (art. 977) y de una prudencial antelación según la naturaleza de la cosa (art. 1174). En nuestra opinión, la naturaleza de la cosa o del contrato no son sino algunos de los varios criterios que deberán tenerse en cuenta para establecer la anticipación con la que deberá informarse a la contraparte de la terminación de la relación. En cada caso deberá tomarse en consideración el tipo de contrato y las circunstancias particulares en que el mismo se ha formado y ejecutado. Aunque no existen criterios exactos para determinar la duración del preaviso, son parámetros comúnmente aceptados los siguientes: la antigüedad de la relación contractual, la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse un contratante con respecto a otro, la magnitud de los intereses financieros en juego, etc. En los contratos de distribución se ha sostenido que el preaviso debe ser el necesario para permitir al distribuidor dar una nueva orientación a sus actividades, amortizar sus inversiones, vender el *stock* almacenado o encontrar un nuevo contratante<sup>47</sup>.

En los casos en que no es clara la duración del preaviso la buena fe cumple un papel importante en la tarea de precisar esa anticipación razonable o prudencial antelación. "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural" (art. 871 C. Co.). Y esa buena fe será relevante no sólo para el caso en que legal o contractualmente exista obligación de preaviso pero no haya cer-

47 KLEIN. Ob. cit., 204.

teza con respecto al plazo del preaviso, sino también para los casos (normalmente contratos atípicos) en que las partes no estipularon un preaviso pero éste es consecuencia natural del contrato.

### 3. Excepciones al preaviso

La regla general de dar preaviso para terminar unilateralmente un contrato de ejecución sucesiva sufre algunas excepciones. En primer lugar, cuando ese preaviso es innecesario. No se puede perder de vista que su objetivo es evitarle o reducirle perjuicios o molestias a la parte que soporta la terminación del contrato. Ahora bien, cuando esa terminación, por inesperada que sea, no es susceptible de causar perjuicio alguno, entonces el preaviso sobra. Como ejemplos de terminaciones sin necesidad de preaviso encontramos la revocación por parte del mandante de un contrato de mandato no retribuido, la reclamación de la cosa por parte del depositante en un contrato de depósito gratuito o la restitución por parte del comodatario. Estos contratos por lo general son celebrados en el exclusivo interés de la persona que rompe la relación, por lo que la parte terminada, antes que verse perjudicada por la ruptura del contrato, resulta liberada de una carga<sup>48</sup>. Tampoco se exige preaviso para el asegurado (art. 1071 C. Co.) ni para el cuentacorrentista (art. 1389 C. Co.) que quiera dar por terminado unilateralmente el contrato de seguro o de cuenta corriente bancaria. En segundo lugar, tampoco es obligatorio dar preaviso cuando éste es sustituido por una prestación económica que compense los perjuicios que pudiese sufrir la parte terminada.

## SECCIÓN 2. REGLAS PREVISTAS POR LAS PARTES

Durante la celebración de un contrato las partes pueden estipular una cláusula que permita a una de ellas o a ambas darlo por terminado libremente. También pueden convenir una restricción o una supresión de la facultad de libre terminación consagrada en la ley. Vale la pena analizar la validez de ambos tipos de cláusula.

### A. Validez de las cláusulas de terminación unilateral

En ejercicio del principio de la libertad contractual las partes pueden válidamente pactar una cláusula que autorice a una de ellas o a ambas a poner fin a un contrato de manera libre y unilateral. Según FLOUR, AUBERT y SAVAUX, esta facultad se justifica por tratarse de un mutuo disenso anticipado: "quien padecerá más tarde la terminación ha dado por anticipado su consentimiento"<sup>49</sup>. MAZEAUD y CHABAS sostienen que cuando la terminación unilateral está prevista en el contrato es la

48 *Ibíd.*, 226.

49 FLOUR, AUBERT y SAVAUX. *Droit civil: Les obligations, L'acte juridique*, cit., 293.

voluntad común la que permite ponerle fin al mismo, por lo que más bien se trataría de una terminación amigable<sup>50</sup>. Esta posición doctrinal debe ser rechazada porque confunde la fuente del derecho de ruptura (el contrato) con la técnica del ejercicio de ese derecho (el acto unilateral)<sup>51</sup>. Al respecto señala HOUIN: "la ruptura es un acto jurídico autónomo, distinto de la convención incluso cuando el derecho de romper resulta de una estipulación contractual"<sup>52</sup>.

En las relaciones de duración indeterminada una cláusula de terminación unilateral en principio es innecesaria y simplemente sería un recordatorio de la facultad que la ley reconoce a las partes de poner fin al contrato en cualquier momento<sup>53</sup>. Cuando en esta clase de relaciones los contratantes se toman la molestia de pactar una cláusula de ese estilo es normalmente para subordinar la validez del ejercicio de la terminación unilateral a unos motivos predeterminados o para acordar el pago de una compensación a la parte que sufre la terminación. En cambio, en los contratos de duración determinada una cláusula de terminación unilateral permite poner fin al contrato antes del vencimiento del término. Este pacto es perfectamente válido siempre que no se oponga a una norma imperativa<sup>54</sup>. Existen varias disposiciones que respaldan la terminación anticipada de un contrato en razón de una estipulación de las partes. A manera de ejemplo, el artículo 1406 C. Co., regulativo de la terminación del contrato de apertura de crédito y descuento, establece que "salvo pacto en contrario, el establecimiento de comercio no podrá terminar el contrato antes del vencimiento del término estipulado", lo que permite concluir *a contrario sensu* que en caso de pacto esa terminación sí es posible; el artículo 2011 C. Co., dentro del capítulo sobre la expiración del arrendamiento de cosas, señala: "Si se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes, y voluntario para la otra, se observará lo estipulado, y la parte que puede cesar el arriendo a su voluntad, estará, sin embargo, sujeta dar la noticia anticipada que se ha dicho"; en el contrato de comodato, el comodante está autorizado para reclamar la cosa en cualquier momento, o lo que es lo mismo, dar por terminado el contrato de manera unilateral, cuando se haya reservado tal facultad (art. 2219 C. C.); finalmente, el contrato de fiducia mercantil prevé como causal de terminación la revocación por parte del fiduciario cuando expresamente se haya reservado ese derecho (art. 1240 C. Co.). En realidad el pacto de terminación unilateral es una condición resolutoria meramente

50 MAZEAUD y CHABAS. *Leçons de droit civil. Les obligations*, cit., 860.

51 Cfr. ENCINAS DE MUNAGORRI. *L'acte unilateral dans les rapports contractuels*, cit., 51.

52 B. HOUIN, citada por ENCINAS DE MUNAGORRI. *Ob. cit.*, 51.

53 TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Droit civil: Les obligations*, cit., 475.

54 En algunos contratos una cláusula de libre terminación no tendría validez, al menos para una de las partes, independientemente de que exista término de duración o no. El arrendador no puede dar por terminado libremente el contrato cuando el arrendatario haya ocupado por no menos de dos años un inmueble con un mismo establecimiento de comercio (art. 518 C. Co.). El empleador no puede dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa (art. 64 CST). Tampoco puede el fiduciario revocar el contrato de fiducia.

potestativa, la cual es válida porque no afecta la existencia de la obligación o la formación del contrato sino únicamente su extinción<sup>55</sup>.

### **B. Validez de las cláusulas que restringen la facultad de terminación unilateral**

De entrada hay que anotar que una cláusula que prohíba a una de las partes dar por terminado un contrato de tracto sucesivo es innecesaria tratándose de contratos de duración definida. Por regla general, estos contratos deben ejecutarse hasta al vencimiento del término, por lo que las partes no necesitan pactar la prohibición de terminación anticipada. Tratándose de contratos a término indefinido, su validez ha sido cuestionada. En Francia, la jurisprudencia considera que dada la prohibición de vínculos perpetuos, el derecho a terminar unilateralmente es de orden público y toda cláusula en contrario es ineficaz.

Por nuestra parte, consideramos que la cláusula que suprime o anula un derecho a la libre terminación sería ineficaz si la misma prohibiere la terminación por cualquier motivo. Sin llegar al extremo de considerar en ese caso la existencia de un vínculo perpetuo, lo cierto es que sí se estaría restringiendo en gran medida la libertad o afectando el patrimonio de uno o de ambos contratantes. No obstante, cuando se renuncia únicamente al derecho de terminar libremente, es decir, a la posibilidad de hacer cesar la relación por la sola voluntad de una de las partes sin necesidad de motivar la decisión en cambio esa ruptura se reglamenta, en el sentido de establecer una causales particulares de terminación o condiciones resolutorias acordes con la naturaleza del negocio y las necesidades de los contratantes, y tal vez acompañadas de la obligación de motivar la decisión, nos parece que ese pacto es válido. Esas causales podrían ser, por ejemplo, que el contrato termine si una de las partes no logra determinadas metas o pierde algunos clientes importantes; si un competidor fuerte entra al mercado; si los precios de los productos objeto del contrato suben o bajan demasiado; si las utilidades de una o de ambas partes disminuyen en un determinado porcentaje; si una de las partes no le refiere o remite a la otra una cantidad mínima de clientes; etc.

De otro lado, nada se opone a que las partes condicionen el ejercicio del derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato al pago de una compensación a favor del contratante que la soporta. La particularidad de esta com-

<sup>55</sup> En sentencia del 23 de febrero de 1961 (*G. J.* XCIV, 549) la Corte Suprema ratificó la doctrina expuesta el 3 de septiembre de 1941 (*G. J.* LII, 1977, 36 y ss.), en la que se admitió la validez de las cláusulas potestativas de terminación de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y de ejecución sucesiva. Sin embargo, en sentencia del 28 de febrero de 2005 el alto tribunal no le dio validez a una cláusula de terminación anticipada en un contrato de agencia comercial a término fijo que venía prorrogándose automáticamente desde 1976. Para la Corte la cláusula era ambigua y parecía ser contraria a la voluntad de las partes, pero sobre todo, era incompatible con la naturaleza especial de la agencia comercial, en particular con su carácter estable, lo que descarta la revocación unilateral como forma de terminación del contrato.

pensación, que puede o no reemplazar al preaviso, es que no está subordinada a falta o culpa del autor de la terminación, por ello no puede confundirse con la cláusula penal. Se trata de una prestación compensatoria por el sólo hecho de la terminación del contrato, parecida a la prevista en el artículo 1324 C. Co. para el agente comercial<sup>56</sup>.

Hay que reconocer que en muchas relaciones y tipos de contrato esas cláusulas que restringen o suprimen la libre terminación pueden ser o ilegales o abusivas, sobre todo cuando son impuestas por profesionales a consumidores. Por ello creemos que la validez de las mismas está condicionada a que no exista norma imperativa que las prohíba, que no exista abuso de uno de los contratantes y que respondan a intereses dignos de protección.

## CAPÍTULO 2. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

Los efectos de la terminación unilateral serán diferentes dependiendo de si ésta es lícita o ilícita. Primeramente explicaremos lo que entendemos por cada una de ellas, y posteriormente, teniendo en cuenta que el tema de la terminación lícita no plantea mayor dificultad ni reviste demasiada importancia, expondremos brevemente un par de hipótesis de terminación unilateral ilícita.

### SECCIÓN 1. LA TERMINACIÓN UNILATERAL LÍCITA Y LA TERMINACIÓN UNILATERAL ILÍCITA

Cuando hablamos de terminación unilateral lícita no queremos significar que exista justa causa para dar por terminado el contrato. En efecto, la noción de justa causa necesariamente implica la ruptura fundada en una causa legítima, y ya sabemos que la terminación unilateral *ad nutum* opera por la sola voluntad de una de las partes sin necesidad de motivación. Lícita es aquella terminación unilateral eficaz y libre de reparos, por cuanto se ajusta a las condiciones legales o convencionales de ejercicio. Por el contrario, la terminación ilícita es la que no se ajusta a esas condiciones o la que es abusiva.

#### A. Terminación unilateral lícita

Aunque se trata de un acto unilateral de voluntad, los efectos de la terminación unilateral no se limitan al autor del acto y afectan por igual a ambas partes. La principal consecuencia de la terminación es la extinción del contrato y de las obligaciones que de él resultan, recobrando cada una de las partes su libertad. Cada uno

<sup>56</sup> La prestación del inciso 1.º artículo 1324 C. Co. opera en todos los casos en que el contrato de agencia termina, sin importar la causa. La prestación de la que hablamos operaría únicamente cuando el contrato termina por la sola voluntad de una de las partes.

de los contratantes es relevado de sus obligaciones y no puede exigir al otro su cumplimiento. Los efectos de la terminación se producen hacia el futuro, lo que implica que los efectos derivados de las prestaciones ejecutadas quedan incólumes.

Puede ocurrir que la terminación produzca efectos previstos durante la celebración del contrato. Esos efectos pueden ser el resultado de una cláusula de indemnización, de una cláusula de no competencia o incluso de una cláusula de restitución. Dejamos para otra ocasión el estudio de esas cláusulas.

## B. Terminación unilateral ilícita

Aunque la terminación unilateral de que trata este trabajo es *ad nutum*, es decir, en cualquier momento y por la voluntad soberana de la persona autorizada, ello no implica que la misma pueda hacerse de cualquier manera. Una forma de ilicitud se presenta cuando no se respetan las condiciones legales o contractuales requeridas para la terminación, esto es, cuando hay incumplimiento del contrato. La falta más común de esta forma tiene lugar cuando no se da plazo de preaviso o se da pero de modo insuficiente. Sin embargo, la hipótesis más interesante de terminación ilícita es cuando no obstante respetarse esas condiciones legales o convencionales, existe abuso de la parte por cuya voluntad cesan los efectos del contrato.

Con la intención de proteger la parte débil de la relación contractual, la jurisprudencia francesa, ha ejercido algunos controles en la ruptura de los contratos, principalmente en los de distribución, a través del abuso del derecho y de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe. Según GUYENOT, "la teoría del abuso del derecho permite aportar un límite al derecho de terminación unilateral, evitando que se ejerza con excesiva irritabilidad o que se convierta en un instrumento de tiranía"<sup>57</sup>. La noción de abuso del derecho fue implementada en Colombia por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años treinta, influenciada principalmente por la doctrina y jurisprudencia francesa. Desde entonces el abuso del derecho ha irrigado todo nuestro derecho, en especial el de obligaciones, a fin de atenuar las consecuencias de un individualismo desmesurado. Según un autor francés, la terminación de relaciones contractuales de duración indeterminada, junto con los problemas de vecindad y de propiedad, ha sido una de las primeras fuentes de reflexión sobre el denominado abuso del derecho<sup>58</sup>.

En Francia, los jueces no se han encasillado con un criterio de abuso del derecho sino que han esbozado diferentes: la intención de perjudicar, la actitud maliciosa, la falta (intencional o no), la desviación de la finalidad social de un derecho,

57 J. GUYENOT. *La rupture abusive des contrats a durée*, citado por M. BEHAR-TOUCHAIS y G. VIRASSAMY. *Les contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999, 157.

58 PH. STOFFEL-MUNCK. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, 42.



la voluntad de eludir obligaciones legales o contractuales, etc. A continuación nos referiremos a las principales hipótesis de terminación ilícita en contratos de ejecución sucesiva.

## SECCIÓN 2. DOS HIPÓTESIS DE TERMINACIÓN UNILATERAL ILÍCITA

El control efectuado por la jurisprudencia francesa concierne principalmente las circunstancias que rodean la ruptura, las cuales pueden resultar bien sea del carácter intempestivo de ésta o bien por la intención de causar un perjuicio a la otra parte.

### A. La ilicitud por la terminación intempestiva de la relación contractual

Lo intempestivo se refiere al carácter inesperado, brusco y hasta brutal de la terminación. Según BEHAR-TOUCHAIS y VIRASSAMY, la brusquedad de la terminación puede resultar, en primer lugar, del hecho de no dar preaviso, o de darlo pero de modo insuficiente. En segundo lugar, puede ser consecuencia de un comportamiento incoherente adoptado por el autor de la terminación<sup>59</sup>.

#### 1. La ilicitud por la terminación sin preaviso o sin preaviso suficiente

La hipótesis más simple de ilicitud por inobservancia del preaviso se presenta cuando el autor de la terminación unilateral da por terminada la relación contractual con efectos inmediatos, es decir, no da ningún preaviso, o lo da, pero por un término inferior al requerido. ¿Cuál es la consecuencia de esa omisión? La cuestión tiene importancia si se tiene en cuenta que las partes no siempre toman la precaución de señalar la consecuencia de la inobservancia del preaviso y la ley por lo general guarda silencio al respecto. La posición mayoritaria considera que la terminación intempestiva es eficaz pero compromete la responsabilidad de su autor, quien deberá indemnizar los perjuicios causados<sup>60</sup>. Con frecuencia esos perjuicios consistirán en la ganancia dejada de percibir durante el término de preaviso.

Para BEHAR-TOUCHAIS y VIRASSAMY no es descabellado exigir preaviso en contratos de duración determinada, en particular en contratos de distribución, sobre todo cuando el contrato ha sido renovado tantas veces que se ha creado en el distribuidor la creencia o esperanza que la relación contractual continuará a través de una nueva renovación, a menos que se avise lo contrario antes del vencimiento normal del contrato<sup>61</sup>.

59 BEHAR-TOUCHAIS y VIRASSAMY. *Ob. cit.*, 158.

60 AZEMA. *La durée des contrats successifs*, cit., 180; KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, cit., 226.

61 BEHAR-TOUCHAIS y VIRASSAMY. *Les contrats de la distribution*, cit., 158.

Más interesante es la hipótesis en la que el autor de la terminación unilateral no da término de preaviso por no existir obligación legal expresa o convencional de hacerlo. Descartando los casos en que el preaviso puede resultar innecesario, cuando la ausencia de éste es susceptible de acarrear perjuicios a la parte terminada, la obligación de dar preaviso surge del artículo 871 C. Co. (o 1603 C. C.), que impone a las partes ejecutar los contratos de buena fe. Es más, nos parece que en algunas circunstancias la misma buena fe puede obligar a dar un preaviso mayor al pactado contractualmente si éste no es idóneo para permitir a la parte terminada adoptar las medidas necesarias para afrontar la nueva situación que resulta de la extinción del vínculo.

## 2. La ilicitud en la terminación por la adopción de un comportamiento incoherente

En este caso se configura abuso cuando una de las partes da por terminado el contrato respetando plenamente el término de preaviso, pero después de haber hecho creer deliberada o imprudentemente al otro contratante que la relación contractual continuaría desarrollándose normalmente<sup>62</sup>. Este tipo de comportamiento, que es una aplicación de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, figura en Francia bajo la prohibición de contradecirse en detrimento de otro, o bajo el principio de coherencia<sup>63</sup>; en derecho inglés se conoce con el nombre de *estoppel*, y en derecho romano bajo el adagio "*non concedit venire contra factum proprium*". "Quien adopte una actitud contraria a su actuaciones anteriores se reputa de mala fe porque viola la confianza legítima"<sup>64</sup>.

En Francia, la Corte de Casación juzgó abusiva la conducta de un contratante, la sociedad Bridel, quien dio por terminada una relación contractual después de haber hecho creer a la otra parte, la sociedad Debic, que la relación seguiría ejecutándose normalmente. Los hechos son más o menos los siguientes: desde hacía siete años la sociedad Debic proveía de manera regular y estable ciertos productos a la sociedad Bridel. Esta última rompe intempestivamente relaciones comerciales con aquella dos meses después de haber encontrado un nuevo proveedor. Debic, que había acumulado un gran *stock* únicamente para satisfacer los pedidos de Bridel, demanda ante los jueces la indemnización de perjuicios. La Corte encontró que Debic "debía, teniendo en cuenta los plazos de fabricación y de las condiciones del producto, mantener un *stock* en relación con el volumen de los pedidos, los cuales no eran hechos sino una semana o dos antes de la entrega, y que Bridel había brutalmente suspendido en marzo de 1984 sus compras a Debic, después de haberle hecho creer que sus relaciones desarrollarían normalmente,

62 *Ibíd.*, 162.

63 D. HOUTCIEFF. *Le principe de cohérence en matiere contractuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Puam, 2001.

64 PH. LETOURNEAU. *Le droit des contrats et de la responsabilité*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2004-2005, 724.

no obstante haber concluido desde enero de 1984 un acuerdo con otro distribuidor; que de acuerdo con esos hechos, la corte de apelaciones había podido estimar que la sociedad Bridel había abusado de su derecho de poner fin a las relaciones comerciales con la sociedad Debic<sup>65</sup>.

Es sobre todo en los casos donde hay de por medio inversiones previas de la parte a quien le terminan el contrato que la jurisprudencia ha dado aplicación a la prohibición de traicionar la confianza legítima. Así, cuando un distribuidor realiza a petición del empresario principal una importante inversión en infraestructura, puede legítimamente pensar que esas inversiones suponen la continuidad de la relación contractual por un buen tiempo. "El empresario representado que aconseja una serie de gastos e inversiones, y al poco tiempo o, al menos no el suficiente para que se pueda amortizar, incluso contando con el preaviso, manifiesta su voluntad de extinguir la relación, está actuando en forma contradictoria, pues con su actuación inicial, recomendar la realización de unos gastos, inspira en la otra parte una expectativa de continuación de la relación durante el tiempo suficiente como para permitir como mínimo la recuperación de esas inversiones con los beneficios que se obtengan; y sin embargo, lo que hace es ejercitar su derecho de desistimiento *ad nutum*"<sup>66</sup>.

La Corte de Casación francesa casó la sentencia de una corte de apelación que había negado las pretensiones indemnizatorias de un concesionario, con el argumento que el concedente tenía el derecho de dar por terminado el contrato dando preaviso de un año. La Corte consideró que la duración del preaviso era insignificante teniendo en cuenta las altas inversiones efectuadas por el concesionario a petición del concedente como requisito para iniciar relaciones<sup>67</sup>.

## **B. Abuso por la intención de causar perjuicio del autor de la terminación unilateral**

Aquí el criterio del abuso es la intención de perjudicar por parte del autor de la terminación unilateral de un contrato, la cual debe ser sancionada ya que es inconcebible consentir el ejercicio de un derecho por el sólo placer de perjudicar a otro. Concretamente, se trata de una terminación llevada a cabo en circunstancias determinadas por la discriminación, por actos de competencia desleal y por el deseo de excluir a un contratante valiéndose de motivos falaces. Naturalmente que no será nada fácil demostrar el *animus nocendi*, por lo que quien alegue ser víctima de una terminación abusiva deberá proveer al juez la mayor cantidad posible de indicios sustentando los hechos.

65 Corte de Casación. 28 de febrero de 1995, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1995, 885, con nota de J. MESTRE.

66 KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, cit., 215.

67 Corte de Casación. 28 de febrero de 1995, cit., 675.

En una sentencia la Corte de Casación francesa determinó que el respeto del plazo de preaviso no necesariamente exonera al proveedor de toda responsabilidad con ocasión de la ruptura en la medida en que éste, autor de la terminación unilateral de un contrato de distribución de duración indeterminada, tenía la intención de perjudicar al otro contratante, habiendo recurrido a motivos falsos, cometiendo actos de competencia desleal, de discriminación y de denigración<sup>68</sup>. En otra sentencia, la terminación de un contrato de concesión de duración indefinida fue declarada abusiva en un asunto donde el concedente había invocado motivos falsos para justificar su decisión de terminación, había violado su obligación de exclusividad, hecho acuerdos con agentes del concesionario, aumentado los gastos financieros de su contratante y complicado su gestión, y había modificado unilateralmente el contrato y cometido actos de denigración y discriminación<sup>69</sup>.

68 Corte de Casación, 28 de febrero de 1995, cit.

69 J. GHESTIN, C. JAMIN y M. BILLIAU. *Traité de droit civil les effets du contrat*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, LGDJ, 2001, 330 y ss.